

AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Roberto Catarino Sobral^(*)

Sumário: Introdução. Referência contextual: o ambiente sócio-político. Referência temática: limites teóricos do presente trabalho. Capítulo I — O princípio da insignificância como exigência lógica do moderno Direito Penal de índole democrática. 1.1 — A “insignificância” como exigência da “intervenção mínima”. 1.2 — O princípio da insignificância e o inafastável problema da “segurança jurídica”. 1.3. O conteúdo da “insignificância” face às várias correlações principiológicas do sistema penal. Capítulo II — Algumas hipóteses de ampliação do uso do princípio da insignificância. Capítulo III — Breves considerações a respeito de possíveis técnicas de aplicação ampliada do princípio da insignificância, com vistas à preservação da segurança jurídica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Referência contextual: o ambiente sócio-político

O século XX será identificado pelos historiadores futuros como a era da disseminação massiva da violência e da criminalidade, em escala planetária. Os registros destacarão a violência institucionalizada das duas grandes guerras mundiais, das guerras do Vietnã, Coréia, de outras já incontáveis no Oriente Médio, conflitos ideológicos, religiosos, raciais, econômicos, enfim, tragédias autenticadas com o carimbo dos Estados modernos. Ao lado dessas violências oficiais, explode a violência privada, o fenômeno “crime” em número e em formas nunca antes imaginado, manifestação incontestável da barbárie contemporânea. É neste cenário caótico, negação absoluta do humanismo, demonstração cabal da falência dos modelos

(*) Advogado e professor de Direito Penal da UNICEUB.

sociais, políticos e econômicos vigentes, que se pretende incumbir a uma disciplina cultural, o Direito Penal, o impossível desiderato de regular, conter, e manter sob controle, no âmbito interno de cada Estado, as “disfunções” de uma humanidade doentia.

No Brasil, a perspectiva de um Direito Penal salvacionista está hoje disseminada em todos os órgãos de comunicação de massa, a reproduzir o conteúdo ideológico repressor do conhecido movimento da lei e da ordem — ideologia da *law and order*, de origem norte-americana — criando a ilusão de que algo próximo a um retorno ao Talião seria o único remédio possível para todos os males sociais. Penas de morte, penas perpétuas, encarceramento prolongado, incriminação da criança e do adolescente, aumento do poder repressivo do aparato estatal, imediatismo da punição, ainda que em detrimento do devido processo legal e de outros direitos e garantias fundamentais, fazem parte do receituário dos que se filiam a essa corrente de pensamento. Estes não compreendem que o crime não é disfunção, não é anomia. Se toda a estrutura social estivesse justificada por um harmonioso conviver, se a lógica da economia contemporânea incluísse a solidariedade e o desenvolvimento não excludente, se a política se concretizasse conforme seus verdadeiros vetores — interesse público, entendimento civilizado diante de conflitos legítimos, probidade —, e se a formação do homem contemporâneo cunhasse — em espírito e conhecimento — verdadeiros cidadãos, aí sim seria possível falar em desvio, em disfunção. Da forma como se encontra estruturada esta “civilização”, o fenômeno crime é seu consectário lógico, inafastável.

Descurando-se de um exame responsável para localizar, com precisão, as verdadeiras razões do incremento da violência, esta reconhecida como importante elemento de causação de instabilidade social, o homem comum vê-se envolvido em uma profusão de idéias repressoras, seja pela disseminação leviana ou interessada dessas idéias — obra dos impérios econômicos que controlam os veículos de comunicação de massa —, seja pela sua própria constatação de ineficácia da ação estatal no combate ao crime. Inseguro ante a multiplicidade de situações de risco em que está obrigado a viver, alimentado com notícias espetaculares de atrocidades delituosas, algumas vezes até presenciando fatos dessa natureza, levado à completa descrença quanto à probidade e à eficiência do agente público, passa o cidadão a clamar por uma reforma do aparato estatal incumbido do controle social, como que legitimando o interesse dos que pugnam pelo retorno ao Estado violento, ao largo de uma justiça autônoma e democrática. Pensa, um cidadão assim desavisado, que o incremento da repressão é condição necessária para a melhoria das suas condições pessoais de existência. Não percebe o incoerente raciocínio que lhe é imposto: desacredita nos poderes públicos e clama por mais poder repressivo para estes mesmos poderes. Põe-se na situação de incluído e dominante, até o dia em que é alcançado pela exclusão ou sofre o revés da violência estatal descontrolada. Quando muito, educado para ler e carregar-se de informações sem preocupações interpretativas, quase nunca capaz de pensar com historicidade, refê-m de falácias diuturnamente veiculadas, esbulhado no direito a informações fidedignas, súdito de uma democracia conspurcada por alianças espúrias — entre políticos e órgãos de forma-

ção de opinião pública que direcionam as escolhas políticas da massa sob o seu alcance — que pretendem perpetuar as mesmas relações de poder vigentes, finda sendo lógico que o homem médio desta sociedade adoeitada comporte-se de um modo tão reativamente automático no que se refere à violência.

Pelas razões expostas é compreensível que ao homem do povo, paradigma de reprodução do senso comum, corresponda um tal entendimento. O mesmo já não se tem como admissível quando o intérprete é um operador do Direito, que se pressupõe qualificado por uma formação técnica capaz de dotá-lo de compreensão diferenciada.

Infelizmente, as tensões sociais e políticas acabam por nublarem o discernimento técnico-científico de alguns tribunais pátrios, resultando em um empobrecimento da inteligência necessária para o contínuo desenvolvimento do moderno Direito Penal da culpabilidade. No momento em que se descortina no horizonte teórico a perspectiva de uma significativa renovação epistemológica para o Direito Penal, com especial relevo para a consistente Teoria do Garantismo Penal — brilhantemente desenvolvida por Luigi Ferrajoli —, torna-se exigível um novo posicionamento dos profissionais do Direito, para o enfrentamento das eternas dificuldades de conciliação do ideal de Justiça com a necessidade de preservação de um modelo com objetividade suficiente a permitir um reconhecimento coletivo. Um modelo assim reconstruído é condição necessária para dotar a assim revisitada disciplina penal de efetiva contributividade na sustentação de uma almejada pacificação social.

Já são muitos, os juristas mais atentos, a perceber que o atual modelo transformou a “segurança jurídica”⁽¹⁾ em um mito. Mito que não resiste a uma análise mais judiciosa. Todavia, mister salientar, é mito do qual não se pode prescindir. Até porque se trata de um ideal a ser atingido, um devenir. Quanto mais que se emprenda esforço em demonstrar as suas fragilidades, as suas inconsistências, o seu verdadeiro caráter mítico, mais se descobrirá que das cinzas do seu desmonte e cremação ressurgirá a “segurança jurídica” como conceito renovado. Indispensável, contudo, desmontá-la e colocá-la sob eterna suspeição, para que já não seja fruto de um acriticismo legalista, mas reconstrução inteligente a incorporar a superação de suas próprias contradições e a firmar-se como categoria teórica imprescindível à formulação de um verdadeiro Direito Penal democrático. Uma “segurança jurídica” assim reconstruída alcançará a todos e não se subordinará à perversa lógica dicotômica de incluídos *versus* excluídos. Não estribará os que se valem da jurássica recorrência à violência institucional. Não caberá no discurso dos que a querem como *Leviatã* onipresente, a estender seu jugo sobre miúcalhas erigidas à estatura de “delito”, de modo a satisfazer o anseio dos que imaginam a ordem juridico-penal no papel de algoz plenipotenciário. Antes, reconhecerá a fragmentariedade do campo de aplicação do Direito Penal, e a este atribuirá a sua única missão possível: a de atuar como *ultima ratio regum*, subsidiariamente, como derradeira tentativa de controle, com vistas à paz social.

(1) Sobre “segurança jurídica”, ver o capítulo I, 2º parágrafo.

É dentro de um quadro assim concebido que se impõe o exame da necessidade de ampliação do âmbito de incidência do princípio da insignificância.

Referência temática: limites teóricos do presente trabalho

Um Direito Penal de índole democrática: esta, pois, a moldura básica adotada para o desenvolvimento deste escrito. Fora deste enquadramento os princípios e categorias teóricas aqui trabalhados desvirtuam-se, perdem a validade conceitual, por inexistência de seu pressuposto fundamental. Os princípios que informam e qualificam esta moderna feição do Direito Penal são tratados no Capítulo I.

A ampliação do âmbito de incidência do princípio da insignificância é tema a exigir, continuamente, reflexão e exercício prático, vivência. Reflexão acerca dos seus vários significados: político-criminal, técnico-científico, moral; reflexão sobre as dificuldades, aqui exponencialmente elevadas, de consecução particularizada, em cada caso concreto, do sempre necessário equilíbrio entre o ideal de justiça e a preocupação com a segurança jurídica. Exercício prático, vivenciado de modo, a um só tempo, corajoso e prudente. Seja cuidando de não amesquinhar o princípio, por estreiteza conceitual, seja velando pela sua justa aplicação de modo a não inviabilizá-lo, o que costuma acontecer quando se lhe alargam desmedidamente o alcance, descaracterizando-o. Embora reconhecido o fato de já existirem, em bom número, diversas obras a bem tratar do tema, aqui não se pode deixar de indicar qual o entendimento a respeito do que seja o conceito de “insignificância”, extraíndo, de suas múltiplas interações com os demais princípios que compõem o sistema penal, o seu conteúdo, de forma a ressaltar a timidez com que se tem limitado a sua utilidade prática. Assim é o Capítulo I.3.

Já nesta introdução e no Capítulo I.1, como tarefa precedente, pretendeu-se delinear, embora sucintamente, os limites conceituais, o referencial teórico, os pressupostos lógicos para o desenvolvimento do tema, ao cabo do qual não se pretende alcançar verdade⁽²⁾ incontestável. Antes, *previamente se reconhece este estudo em seu modesto destino: o de enfatizar a necessidade de ampliação do âmbito de aplicação do princípio da insignificância, para além dos limites estreitos do pequeno prejuízo patrimonial, onde hoje, de regra, se acha confinado.*

Importante pressuposto a ser enfrentado é o entendimento que se pode dar à categoria teórica conhecida por “segurança jurídica”, assunto de gigantescas com-

(2) A “verdade” é meta de todo investigador, embora muitas vezes inatingível, porquanto ideiação absoluta. Da impossibilidade de seu atingimento não se segue, como consequência, a inutilidade da sua busca. Ao inverso, é a própria busca que permite a criação de critérios para validação da verdade. No dizer de *Karl Engisch*: “O importante e decisivo é saber se, em princípio, a procura da ‘verdade’ tem sentido e promete êxito. Entretanto, no domínio do Direito e do seu conhecimento, há uma série de fenômenos que fazem do próprio princípio da investigação da verdade um problema, que fazem com que os limites de um conhecimento puramente científico apareçam aos nossos olhos como uma linha de penumbra (*in Introdução ao Pensamento Jurídico*, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 7ª edição, p. 205).

plexidade e importância. O “processo” é uma das mais fortes expressões do que se entende por segurança jurídica. O “tipo penal”, *idem*. Conseqüentemente, não há como admitir-se a exclusão da tipicidade de um fato em decorrência de sua insignificância jurídico-penal — negação de efetiva lesividade material⁽³⁾ — e, com base nisto, pôr fim ao processo, sem que se tenha de enfrentar o crucial problema da “segurança jurídica”. É o que se faz, com brevidade, no Capítulo I.2.

Permeando o Capítulo I, a fixação conceitual do que seja o “bem jurídico penalmente tutelado” enseja uma linha condutora de valoração subjacente e prévia à concretização do silogismo jurídico fundamental, por ocasião da subsunção do fato à norma, momento em que deve operar, como excludente de tipicidade, o princípio da insignificância.

No Capítulo IV encontra-se a apreciação de alguns julgados sobre o tema, seguida dos comentários conclusivos, estes no Capítulo III.

Capítulo I — O princípio da insignificância como exigência lógica do moderno Direito Penal de índole democrática

Um feixe de princípios informam e constituem o Direito Penal de índole democrática. Implicados entre si, em múltiplas relações de sobredeterminação, encontram-se, dentre outros, os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação social, da insignificância; outros ainda, dentre muitos de natureza processual, também se entrelaçam: os do devido processo legal, da igualdade das partes, da ampla defesa, do contraditório, do *favor rei*. Muitos mais podem ser lembrados como vetores e componentes — já alguns entronizados na Constituição Federal de 1988 — desta feição contemporânea que adquiriu o Direito Penal. Examinar a inserção do princípio da insignificância neste quadro implica, portanto, examinar os demais que lhes são indissociáveis. Aqui, de modo a não estender em demasia o tratamento de um tema já melhor desenvolvido pela doutrina disponível, e para tentar manter a objetividade no desenvolvimento do tema objeto, somente serão tratados aqueles princípios que guardam maior estreiteza de correlação com o princípio da insignificância, na medida em que concorrem para aclarar que “o *Bagatelldelikte* não é uma regra apêndice das normas de cunho patrimonial, mas um princípio de Direito Penal, e como tal sujeito a influir, direcionar e determinar o conteúdo de todas as normas penais. É um juízo de valor social que deve ser projetado sobre todas as condutas definidas como crime, informando o tipo penal com um conteúdo substantivo e apenas autorizando a sua incidência diante de uma avaliação positiva do grau de repercussão jurídico-social de que deve se revestir um fato para ingressar no terreno da incidência das normas penais”⁽⁴⁾.

(3) Da efetiva lesividade material, como fundamento do princípio da insignificância, tratar-se-á no decorrer deste trabalho.

(4) Lopes, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95 — Juizados Especiais Criminais — e da jurisprudência atualizada*, São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 40.

1.1 — A “insignificância” como exigência da “intervenção mínima”

Fala-se de opção por um Direito Penal de intervenção mínima, de índole democrática, como uma escolha ideológica. Em verdade, não se trata propriamente de uma opção. Ante o quadro caótico em que se transformou o ambiente prisional brasileiro, face às desregulações de um Estado kafkiano, nasce uma orientação político-individual, quase que impositiva, para os que percebem no “outro” ser humano, um ser igual. “Ser humano” pressupõe “humanidade”. Parece tautológico, mas não é. A relação antagônica de “incluídos” X “excluídos”, dentro do duvidoso processo de desenvolvimento globalizado da sociedade moderna, é fenômeno a revelar a negação do espírito daquilo que se chama “humanidade”. O darwinismo selvagem, a que chegam os adeptos da “ideologia da sobrevivência dos mais competitivos”, tem resultado em uma globalização do desemprego e da miséria, em uma crescente massa de excluídos. Aliás, esta é a única globalização verdadeira e irrefutável, na presente quadra. É a “nova ordem”, sem comiseração, sem compaixão.

Se alguma dúvida puder restar a respeito da irracionalidade da tese contrária, aquela esposada pelos ativistas do movimento *law and order*, e se não se quiser acolher as razões ditadas pela sensibilidade humana, afastando o imperativo ético que conforma o Direito, recorra-se ao frio exame pragmático da seguinte realidade fática: “No Brasil, segundo o último censo penitenciário, existe uma população prisional de aproximadamente 170 mil presos, acomodados, não se sabe como, em pouco mais de 80 mil vagas. Nosso “déficit” de vagas no sistema é brutal, carecendo de 90 mil vagas somente para acomodar os que hoje já estão presos. Esta realidade já seria dantesca, não fosse o absurdo número de mandados de prisão que estão nas ruas brasileiras, da ordem de 275 mil mandados; vale dizer, são mais de duzentas mil pessoas que deveriam estar presas (já descontados os mandados em duplicidade, prescritos, contra falecidos, etc.), e presas nas mesmas 80 mil vagas que hoje dispomos no país”⁽⁵⁾. Considerando um custo mensal por preso da ordem de cinco a oito salários mínimos — conforme estimativa junto às penitenciárias dos grandes centros urbanos brasileiros —, se o Estado decidisse executar os mandados ainda não cumpridos, o custeio anual para sustentar a demanda reprimida dos possíveis aprisionados chegaria a um impressionante dispêndio superior a 2 bilhões de reais/ano⁽⁶⁾. Para qual resultado? Reincidência de 30%, ou seja, com base nas estatísticas conhecidas, cerca de 60.000 dos novos encarcerados voltariam a delinquir, realimentando a violência com agentes especializados na promiscuidade dos cárceres brasileiros.

Assim considerando, resta concluir que o Estado moderno — fruto de manipulações engenhosas para sua construção legalista, prenhe de contradições e fra-

(5) D’Urso, Luiz Flávio Borges, *A privatização dos presídios*. Anais do 1º Encontro Nacional da Execução Penal, AMAGIS/DF, Brasília — DF, p. 127.

(6) Tomando-se a média de 6,5 salários mínimos (R\$ 884,00)/preso/mês, ter-se-ia: 884x12meses x200.00 novos presos = R\$ 2.121.600.000,00/ano.

cassos que já não permitem considerá-lo como legítima manifestação de organização humana voltada para os interesses fundamentais da humanidade — não pode receber legitimação para agredir os direitos individuais, senão excepcionalmente, em situações absolutamente pré-definidas em conceito e extensão, em mínima intervenção destinada a assegurar um direito maior que o afetado. Portanto não é de todo lógico se falar em opção ideológica quando se trata da defesa de um Direito Penal de intervenção mínima. Como visto, não há outra hipótese racional à vista a permitir uma escolha.

Pressuposto fundamental de um legítimo Estado de Direito Democrático, o princípio da intervenção mínima é produto histórico das idéias liberais do século XVIII, reação da burguesia emergente contra o absolutismo de então. Há quem aponte como marco para o seu surgimento a disposição expressa no artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão, de 1789: “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias...”. “Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, com o qual se identifica o da intervenção mínima, preconizando que só legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam insuficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”⁽⁷⁾. O artigo 8º, em verdade, reproduz anterior pensamento do italiano Cesare Beccaria, que, sob a influência do *Contract Social* de Rousseau, “imagina um sistema jurídico no qual cada um deve ceder uma parcela da sua liberdade — tão mínima quanto possível — ao soberano, em troca da manutenção da ordem por este último. O soberano não pode abusar do seu direito de punir; os fatos são apenas puníveis se a lei os considerar como infração; é a proclamação da legalidade dos delitos e das penas...”⁽⁸⁾.

Com efeito, do poderoso manifesto humanista de Beccaria — *Dei Delitti e Delle Pene* (1764) — exsurgem substanciais princípios limitadores ao poder de punir do Estado: “... somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

(7) Lopes, Maurício Antonio Ribeiro, *op. cit.*, p. 75.

(8) Gilissen John. *Introdução Histórica ao Direito*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2ª edição, p. 368.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”⁽⁹⁾.

Assim posto, como decorrência lógica, não há falar de “intervenção mínima” — categoria teórica, também principiológica — sem que se examine o seu conteúdo, dentro do qual se há de descobrir o princípio da insignificância, “como válvula de resgate da legitimidade do Direito Penal, com o adensamento de seu significado axiológico proporcional à qualidade de fatos que visa abstrata e concretamente reprimir”⁽¹⁰⁾. Contudo não há que se confundir os dois princípios, conforme leciona Ribeiro Lopes⁽¹¹⁾: “... a doutrina tem confundido o princípio da insignificância com o da intervenção mínima, criando um problema conceitual por vezes insolúvel. (...) Conquanto sejam institutos correlatos, guardam independência semântica claramente visível”. Em verdade, a independência é para lá de semântica. Enquanto o Princípio da Intervenção mínima tem como destinatário primeiro o legislador, informando a atividade legiferante de modo a conformá-la à natureza do Estado Democrático, conforme exposto, o princípio da insignificância destina-se, primordialmente, ao Estado-Juiz, instrumentando-o de recurso de aplicação imediata para o caso concreto posto sob o seu julgamento, onde não se verifique, como requisito indispensável, lesividade substancial ao ordenamento jurídico-penal, conquanto corresponda a alguma descrição em abstrato de conduta proibida. O primeiro precede ao construtivismo da norma penal, onde a consciência social, como fonte material remota de produção do Direito Penal, manifestando “reprovação” a determinada conduta, passa a clamar pela atribuição de um caráter de “ilicitude” a este proceder, culminando na “tipificação” em abstrato, com a cominação penal consequente; o que significa dizer, o princípio da intervenção mínima serve de anteparo à entrada no plano da existência jurídico-penal de norma que não seja estritamente necessária a este recurso supremo. Impõe seletividade a partir de judiciosa eleição dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados. Diferentemente, o princípio da insignificância já parte do ordenamento posto, tem como pressuposto necessário a existência da norma incriminadora e é de operação direta por ocasião da concretização do silogismo jurídico-fundamental, que é a subsunção do fato ao tipo penal. É princípio, portanto, de subtração à lógica subsuntiva. Deve explorá-lo o defensor, deve reconhecê-lo o Promotor de Justiça, deve declarar a sua existência o órgão julgador, para impedir que a operação do Direito se reduza a uma injustificável justaposição de fato da vida a uma conduta proibida descrita abstratamente no tipo, nos casos em que nenhuma lesividade substancial se haja produzido.

Entendido o princípio da insignificância como uma exigência do moderno Direito Penal democrático, há que se enfrentar a mais contundente crítica que a aplicação deste princípio suscita entre os seus opositores: a ameaça à “segurança jurídica”.

(9) Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Editora Hemus, São Paulo, p. 15.

(10) Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, *op. cit.*, — Contracapa.

(11) Lopes, Maurício Antônio Ribeiro, *op. cit.*, p. 74.

1.2 — O princípio da insignificância e o inafastável problema da “segurança jurídica”

Resumidamente, apenas para retirar a completa abstração em que se coloca o conceito de “segurança jurídica”, embora repetitivo, importa lembrar o pressuposto adotado para a presente monografia, um quadro externo e apriorístico de “Estado Democrático de Direito”⁽¹²⁾, e, dentro deste, a vigência de um Direito Penal fragmentário, não salvacionista, de intervenção mínima, conforme já esboçado. Por óbvio, uma opção assim restritiva implica renúncia ao intrigante e desafiador estudo do conceito em sentido amplo. Decerto, o estudo da segurança jurídica em ambiente mais largo, confrontado com as perspectivas redentoras de um Direito Penal com pretensões salvacionistas, forneceria hipóteses criativas para o exame das falácias que subsistem em torno do tema. Não se tome, ademais, tal renúncia como aceitação acrítica de concreta existência atual de um legítimo Estado brasileiro de Direito. Trata-se, a bem dizer, de uma categorização lógico-apriorística.

Ressalte-se que, apesar de assim limitado, um tal conceito de “segurança jurídica” ainda oferece as gigantescas e já conhecidas dificuldades, sintetizadas no conflito “direito dogmatizado” *versus* “direito interpretado”. Daí, não se poder tratar o tema sem que se enfrente o problema de definir o que seja “segurança jurídica”. Sim, pois até aqui apenas se delimitou um quadro referencial. O que não é suficiente para dizer da sua substância.

Como esboço, pode-se entender “segurança jurídica” como um conjunto de princípios que visam assegurar para idênticos fatos, idênticas soluções, representando, destarte, indispensável elemento de estabilização das relações sociais, econômicas e políticas fundantes de um Estado. Funda-se em alguns mitos, tais como a previsibilidade de equitativa solução jurídica para todos os fatos que ingressem no plano da existência do mundo jurídico e a plenitude do sistema, onde as lacunas do ordenamento posto são satisfatoriamente preenchidas por métodos de integração.

É certo que a promessa de controle social a ser efetivada pela dogmática jurídico-penal não logrou ser cumprida, em já mais de século e meio de existência deste paradigma científico. Não se pode negar os gigantescos esforços doutrinários no sentido de fundamentar um sistema lógico-racional garantidor, a um só tempo, da emancipação humana, dentro das melhores aspirações do Liberalismo clássico, e da regulação social, ínsita ao ideal positivista de “Ordem e Progresso”. Os fatos sociais contemporâneos, porém, evidenciam o insucesso desta tentativa de satisfação antinômica: “emancipação” *versus* “regulação”⁽¹³⁾. Ressalte-se que “emanci-

(12) Ideal metajurídico, juridicizado no art. 1º da C.F., de 1988.

(13) O pilar da regulação constitui-se do princípio do Estado (formulado destacadamente por Hobbes), do princípio do mercado (desenvolvido particularmente por Locke e Adam Smith) e do princípio da comunidade (que inspira a teoria social e política de Rousseau). O pilar da emancipação está construído pela articulação entre três lógicas ou dimensões de racionalização e secularização da vida coletiva, tal como identificadas por Weber: a racionalidade moral prática do Direito

pação humana” e “regulação”, conforme destaca Sousa Santos⁽¹⁴⁾, são dois importantes fundamentos deste “projeto sociocultural complexo, ambicioso e revolucionário, mas também internamente ambíguo”, a que se dá o nome de “modernidade”. Esclarece Vera Regina P. de Andrade⁽¹⁵⁾ que “trata-se de um projeto ambicioso pela magnitude das promessas, sendo marcado por uma profunda vocação racionalizadora da vida individual e coletiva e neste sentido caracterizado, em sua matriz, pela tentativa de um desenvolvimento equilibrado entre ‘regulação’ e ‘emancipação humana’, os dois grandes pilares em que se assenta. Mas, por isso mesmo, aparece tão apto à variabilidade quanto propenso a desenvolvimentos contraditórios. Pois, enquanto as exigências de regulação apontam para o potencial do projeto para os processos de concentração e exclusão, as promessas emancipatórias e as lógicas ou racionalidades construídas para sua realização apontam para suas potencialidades em cumprir, contraditoriamente, certas promessas de justiça, autonomia, solidariedade, identidade, liberdade e igualdade”.

Ante o insofismável fracasso no cumprimento de tão exuberantes promessas, é de se perguntar: Como se insere o paradigma dogmático de Ciência Penal no projeto da modernidade? Responde Vera Andrade⁽¹⁶⁾: “Na medida em que o Estado aparece como um componente fundamental do pilar de regulação ao mesmo tempo em que o reconhecimento do homem como sujeito de direito, e os Direitos Humanos aparecem como uma exigência fundamental do pilar da emancipação, o projeto de modernidade se vê confrontado, desde o início, com a necessidade de equilibrar o poder monumental do Estado centralizado com a subjetividade atomizada dos indivíduos livres e iguais perante a lei e de cuja tentativa a teoria política liberal aparece como a máxima expressão”.

Dai que o poder penal do Estado moderno apareça recoberto de limites garantidores do indivíduo, consubstanciados nos princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal (e Processual Penal) liberal, e que um princípio fundamental seja a exigência da generalização e igualdade no funcionamento do sistema da Justiça em que este poder se institucionaliza.

No âmbito da Justiça Penal, a garantia dos Direitos Humanos assume, então, um significado às avessas: não se trata de realizá-los ou solucionar os conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada. A dualidade regulação/emancipação se traduz na exigência de um controle penal com segurança jurídica individual.

moderno, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica modernas e a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura modernas Sousa Santos, 19889*, p. 225, e 1991, p. 23, *apud* Vera Regina Pereira de Andrade, in *A Ilusão de Segurança Jurídica*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.

(14) *Op. cit.*

(15) *Op. cit.*, p. 24.

(16) *Op. cit.*, p. 26.

A dogmática jurídico-penal representa, precisamente, o paradigma científico que emerge da modernidade, prometendo assegurar este equilíbrio, limitando aquela violência e promovendo a segurança jurídica. O máximo contributo que pode prestar ao pilar da emancipação é, portanto, o do garantismo. Consolidando-se historicamente na Europa continental desde a segunda metade do século XIX como um desdobramento disciplinar da dogmática jurídica e a seguir se transnacionalizando, ela é assim concebida, pelos penalistas que protagonizaram e compartilham do seu paradigma (auto-imagem), como “a” Ciência do Direito Penal que, tendo por objeto o Direito Penal positivo vigente em um dado tempo e espaço, e por tarefa metódica (imanente) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem uma função essencialmente prática: racionalizar a aplicação judicial do Direito Penal. A esta função que consideramos oficialmente declarada e perseguida pelo paradigma denominaremos de função instrumental racionalizadora/garantidora (ou função racionalizadora *de lege ferenda*). Desta forma, “na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito Penal vigente, a Dogmática, partindo da interpretação das normas penais produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões” (...) “E é precisamente em nome da segurança jurídica que aparece no discurso da Dogmática Penal como a idéia-síntese de suas promessas, que ela tem pretendido justificar, historicamente, a importância de sua já secular existência e o seu ideal de Ciência. E ao mesmo tempo em que o discurso da segurança jurídica aparece fortemente enraizado e consolidado na mentalidade dogmática, em geral, considera-se, a ‘contrário sensu’, que a ausência de uma Dogmática Penal implicaria o império da insegurança jurídica”⁽¹⁷⁾.

Aqui evidenciado, portanto, o caráter mítico da “segurança jurídica”. Embora irrealizada até aqui, fato irrefutável segundo a trajetória histórica percorrida, conquanto não dê mostras de vir a ser realizável, segundo a perspectiva histórica de um futuro próximo, dela não se pode prescindir. Ontologicamente é algo que não foi, não é, e não há indícios plausíveis de que venha a sê-lo. E, no entanto, imprescindível. Óbvio que se impõe, como necessidade de afirmação científica, a criação de uma nova dogmática⁽¹⁸⁾, ou, no mínimo, para os mais conservadores, o desenvolvi-

(17) Andrade, Vera, *op. cit.*, p. 27.

(18) “Dogma” e “Ciência” são categorias absolutamente opostas. Dizer, como acima se diz, “que se impõe, como necessidade de afirmação científica, a criação de uma nova dogmática”, é expressar o limite extremado desta ambição teórica, sobre a qual se têm debruçado os melhores juristas

mento de uma nova epistemologia para atualização da mesma dogmática. Mas, se as insustentáveis contradições encaminham-se para a ruptura do modelo vigente, não há como negar que a este fragmento de racionalidade se agarram todos, pois impensável a conservação do único sistema disponível, sem o suporte de racionalidade objetiva, por mínima que seja. E, forçoso é convir, para esta colcha de retalhos, em que se viu transformada a moderna dogmática jurídico-penal, ainda não se vislumbra qualquer substitutivo. E o que se vier a pensar, como algo apto a funcionar como instrumento da objetivação necessária para a sustentação legitimada de ordenamento desta moderna sociedade, progressivamente complexa e de, aparentemente irresistível, tendência para o caos, terá como ponto de partida inexorável o ajuntamento dos fragmentos remanescentes. Até então a sustentação virá da desesperada necessidade humana de não-sucumbência ao caos. Daí, a também desesperada busca de manutenção da “segurança jurídica”, já claramente reconhecida como mito, mas também admitida como insubstituível via de esperança, no rumo de um esperado Direito Penal verdadeiramente humanístico. Tal é o desafio que se impõe à Ciência Penal pós-moderna.

Assim problematizado o conceito de “segurança jurídica”, vistos os seus limites e a transcendência do seu espírito, resulta evidenciado o seu imaneente conflito com a aplicação do “princípio da insignificância”. Em verdade, a síntese do confronto reside no fato de ser o princípio da insignificância um elemento de reexame da tradicional lógica subsuntiva, para cuja aplicação se procede de modo necessariamente subjetivo e contrário a um exposto dispositivo legal, por via de subtração (do fato concreto) do declarado âmbito de incidência (em abstrato) da norma incriminadora. Por óbvio, a disseminação descontrolada de uma tal operação, se submetida ao livre talento do operador, importará em indevida subtração da instância legislativa, na medida em que esta resultaria fraudada pela provável superabundância de causas supralegais de exclusão da tipicidade. Neste ponto reside a grande e obstinada resistência conservadora, que merece superação lógica, não podendo ser desprezada por meros enunciados retóricos. Neste sentido, indispensável o contributo dos demais princípios que compõem o feixe do Direito Penal democrático, alguns a seguir enunciados.

de todos os tempos: a de conjugar a concreta realização da substância do Direito, revelada em sua tridimensionalidade — fato, valor e norma — conforme a concepção de Miguel Reale, com o ideal da cientificidade. É este o fio de navalha: de um lado, ‘Valor’, que só subjetivamente se realiza; de outro lado, ‘Ciência’, que só na objetividade encontra a sua justificativa ontológica. Fio de navalha que a Sociologia respeita, limitando a sua ambição a ser uma ciência formuladora de modelos compreensivos e, quando muito, capaz de expressar, com método, ensaios explicativos. Já o Direito, tantas vezes irrefletidamente considerado, não só se pretende portador de uma gnose social já realizada — como Ciência do Direito —, como, a partir do produto desta presunção — a Dogmática — ambiciona realizar com cientificidade a ordenação do seu próprio objeto de valoração e estudo: a sociedade.

1.3 — O Conteúdo da “insignificância” face algumas correlações
princípios lógicas do sistema penal

Em capítulo intitulado “Fundamentos do Princípio da Insignificância”, Maurício Ribeiro Lopes, em sua já referida obra⁽¹⁹⁾, enumera os princípios e fundamentos que compõem o feixe indissociável do qual faz parte a “insignificância” penal. Destaca os princípios da igualdade, da liberdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e relembra os fundamentos da “fragmentariedade” e da “subsidiariedade”. Refoge ao escopo do presente trabalho o reexame aprofundado dos referidos fundamentos, cingindo-se o presente esforço ao limite da demonstração de que os liames existentes entre eles constituem a realidade multidimensional de uma perspectiva jurídico-penal crítica e reflexiva, não ingenuamente submissa às confinantes lógicas da dogmática tradicional. Esta última nunca escondeu a sua ambição de integrar o elenco das ciências positivas ideais, onde as verdades são absolutas, assim como a matemática pura ou a geometria. A atividade nomotética de uma Ciência do Direito assim perfeita, atuando no mundo com a precisão da física clássica newtoniana, era promessa de um devir científico a ser concretizado sob a égide dos métodos e postulados positivistas. Mas é da natureza do Direito ser um ente social, produção cultural de um tempo histórico definido (e só neste tempo fazer pleno sentido), vez que impregnado de dinâmicos valores humanos; é do ofício do Direito o lidar com interesses multitudinários, passíveis de diferenciações tão várias quanto cada existência humana autônoma. Daí não poder estar contido em uma operação de lógica inflexível, amarrado a postulados das chamadas ciências exatas, resultando inofismável a sentença de Luis Recaséns Siches, de que “a lógica dedutiva é imprópria para a solução de problemas jurídicos e humanos. A lógica do razoável realiza operações que a lógica formal não comporta, especialmente operações de valorização e adaptação à realidade concreta”⁽²⁰⁾. Saliente-se que aqui não se afirma da impropriedade da lógica formal aplicada às ciências humanas, o que seria um absurdo. O que se diz é que o Direito, não permitindo a completa neutralidade axiológica que se alcança com a distinção entre o ser que conhece e o objeto que é conhecido, já que o homem que o produz é o mesmo homem destino da norma produzida, esta Ciência que lida com a categoria lógica mais conflituada da humanidade que é o “interesse” não se conforma dentro de uma aprisionadora lógica formal. De onde se depreende a necessidade de uma lógica do razoável.

Citando Recaséns, Maurício Lopes lembra que a “razoabilidade está limitada, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o Direito; está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas; está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, que devem levar

(19) *Op. cit.*, p. 50.

(20) *Experiência jurídica y naturaleza de la cosa razonable*, México: Dianóia, 1971, p. 414, *apud* Diomar Ackel Filho, *op. cit.*, p. 74.

em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais”. Prossegue M. Lopes: “A própria noção de razoabilidade adquire um contorno próprio e específico no Direito, sendo mesmo erigida à categoria de princípio geral informativo do sistema jurídico positivo. E não se pense que tal procedimento pode gerar uma ruptura infra-sistêmica ao Direito, porquanto o princípio (talvez mais acertadamente, o princípio) da razoabilidade é que dá consistência à possibilidade material de realização da justiça na aplicação concreta da lei, sobretudo da lei penal. A razoabilidade opera um limite para redução da normatividade positiva do Direito através de uma fixação criteriosa de métodos reconhecedores e desconhecedores da relevância ético-jurídica de fatos praticados, através de uma interpretação atual e ontológica da própria norma, individualmente considerada, e do Direito, como sistema”. Completa o raciocínio citando Diomar Ackel Filho⁽²¹⁾, ao considerar que “no caso da insignificância é justamente o que ocorre. A interpretação com base em critérios de razoabilidade desconsidera um determinado fato como obra criminosa, valorando-o com insignificante e, portanto, destituído de reprovabilidade, de modo a obstar que possa se subsumir num *standart* de tipicidade da lei penal”.

Uma reflexão como esta que aqui se reproduz a respeito do princípio da razoabilidade conduz, necessariamente, ao exame de duas categorias fundamentais: a do “tipo penal” e a do “bem jurídico” penalmente tutelado. Tipo penal, consabidamente, é descrição em abstrato de conduta proibida. A eleição de uma conduta para que venha a integrar o elenco das normas penais incriminadoras, atribuindo-lhe a nota de ilicitude, tem como pressuposto o atingimento de um certo grau de reprovabilidade social, tal a indicar ser este o caminho para o legítimo controle social mais grave, qual seja através da sanção penal. Idealmente, tem-se como fonte material de produção do Direito Penal, ainda que remotamente considerada, a consciência popular. A partir do clamor desta — ante a necessidade de combater uma determinada conduta reconhecida como lesiva, ou que venha a expor a perigo de lesão, um bem jurídico de relevante valor social, cuja ofensa comprometa as condições sociais de existência e de desenvolvimento do grupamento humano constituído sob um mesmo ordenamento — é que se desencadeia o processo da eleição construtiva do tipo penal.

Assim visto, parece lógico. Mas, afinal, qual é o conteúdo disto a que se chama tipo delitivo, o *Tatbestand*, de construção germânica, cerne e princípio de toda a construção dogmática penal? Este conteúdo inclui a descrição de uma conduta, abstratamente considerada, estruturalmente composta por elementos objetivos, subjetivos ou normativos, algumas vezes contém as circunstâncias eventuais relevantes, e, como objeto de especial proteção do Estado, o elemento “bem jurídico penalmente tutelado”.

(21) “O princípio da insignificância no Direito Penal”, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, v. 94, p. 74, abr.-jun./1988.

O bem jurídico penal é categoria teórica cuja precisa definição apresenta gigantescas dificuldades. Inúmeros autores contribuem para um delineamento deste conceito, e muitos o fazem com particular brilhantismo. O conteúdo, todavia, em alguma medida se lhes escapa dentre os dedos, como algo cuja substância seja inapreensível em seu todo. E a dificuldade deriva exatamente do atributo “penalmente tutelado”, pois “bem jurídico” é categoria suficientemente bem descrita, embora, também, muitas vezes apresente problematizações, como bem o demonstra o seguinte texto de Leib Soibelman⁽²²⁾: Bem Jurídico é “tudo o que satisfaz as necessidades humanas: objetos materiais e imateriais (bens ideais) ou uma qualidade do indivíduo: vida, patrimônio, honra, integridade física, direitos, etc. A noção de bem jurídico varia historicamente, pois uma série de bens hoje juridicamente protegidos não o foram no passado.” Aqui, o caráter dinâmico, histórico-temporal, que diz com mutação dos interesses humanos. Prossegue Soibelman dizendo que “há quem identifique bem jurídico e finalidade da lei. É uma noção que tem grande importância para a interpretação teleológica da lei. No campo do direito penal este conceito tem grande importância quando se trata de distinguir o objeto jurídico do objeto material do crime. Objeto jurídico do crime é o bem juridicamente protegido, e objeto material seria a pessoa ou coisa sobre a qual incide a materialidade da conduta do agente. Dizem ainda os penalistas que muitas vezes coincidem a qualidade do sujeito passivo com o objeto material do crime, como no caso do crime de homicídio: sujeito passivo é o homem e objeto do material é o corpo do homem atingido ou ofendido. Há também quem distinga entre bem jurídico e interesse⁽²³⁾, que seria a avaliação ou valoração subjetiva do bem, mas a maioria dos autores usa indistintamente das duas expressões. Há ainda penalistas que, sentindo as dificuldades provocadas pelo objeto material do crime, propõem que se fale em ‘objeto da ação’, o que é de toda procedência. Welzel evita inteligentemente falar em coincidência de objeto passivo com o objeto material do crime, preferindo admitir uma coincidência entre ‘bem jurídico’ e ‘objeto material’ no caso do crime de homicídio. O que se nota nitidamente é que, ao tentar separar, no caso de homicídio, o sujeito passivo do objeto material do crime, os penalistas tropeçam numa dificuldade de já há muito superada pelos civilistas e que é a seguinte: dado que é impossível separar no homem vivo a personalidade do corpo, como considerar este como coisa material? Os civilistas simplesmente negam que o corpo do homem vivo seja uma coisa, pois o homem vivo é sempre sujeito de direito e não objeto”. Mas é em Francisco de Assis Toledo⁽²⁴⁾ que a doutrina penal pátria melhor elucida o conceito

(22) *In Enciclopédia do Advogado*, 5ª edição, p. 48, Thex Editora, 1995, Rio de Janeiro.

(23) A noção de bem jurídico já importa em inclusão da noção de interesse, pois só o interesse, abstratamente considerado, qualifica e distingue a coisa (corpórea ou incorpórea) sobre a qual recai, daquelas coisas que não são úteis, nem raras, nem representam necessidade ou satisfação para o homem. O interesse, quando subjetivamente considerado, exterioriza-se à noção de bem, recaindo sobre este como avaliação ou valoração subjetiva.

(24) *Op. cit.*, p. 15.

de bem jurídico: “Bem, em um sentido muito amplo, é tudo que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. (...) Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’. Por isso são, em geral, apetevidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Aristóteles não faz exceção ao afirmar que ‘toda ação e toda eleição parecem tender a algum bem’ e, logo em seguida, define o ‘bem’ como sendo ‘aquilo a que todas as coisas tendem’. Dentro desse quadro, se considerarmos que cada indivíduo leva consigo um sistema de preferências e desdêns, armado e pronto a disparar, contra ou a favor de cada coisa, uma bateria de simpatias e repulsões⁽²⁵⁾, não será difícil compreender que, sem um conjunto de medidas aptas a proteger certos bens, indispensáveis à vida comunitária, seria impossível a manutenção da paz social. Por isso, dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o Direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’. Para Welzel, o bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Pode ele apresentar-se, de acordo com o substrato, de diferentes formas, a saber: objeto psicofísico ou objeto espiritual-ideal (exemplo daquele, a vida; deste, a honra), ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos, protegidos contra a corrupção). Bem jurídico é, pois, toda situação social desejada que o Direito quer garantir contra lesões⁽²⁶⁾. Em vez de ‘situação social desejada’ (*erwünschte soziale Zustand*), poderíamos dizer ‘situação social valiosa’, ou melhor, valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. Aqui o mestre Toledo prossegue, dando a entender que afinal se conseguiu alcançar uma conceituação suficiente a precisar o conteúdo material do conceito bem jurídico: “O conceito de bem jurídico, assim sintetizado, resultou de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico, do qual se pudesse deduzir orientação segura para a aplicação da lei penal. Primeiramente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos (época das luzes, especialmente Feuerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de interesses vitais (fins do século XIX); por fim, chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou a exposição a perigo de um bem jurídico”.

Ora, é precisamente aqui que o conteúdo esvai-se, justo no momento em que se pretende tê-lo apreendido. Porque o “bem jurídico penal” distingue-se por uma

(25) Ortega y Gasset: “Antes que vejamos o que nos rodeia somos um feixe original de apetites, de afãs e de ilusões. Viemos ao mundo dotados de um sistema de preferências e desdêns, mais ou menos coincidentes com o do próximo, que cada qual leva dentro de si armado e pronto a disparar contra ou a favor de cada coisa; uma bateria de simpatia e repulsões” in *Que é Filosofia*, trad. bras., p. 186, *apud* Francisco de Assis Toledo, *op. cit.*, p. 16.

(26) Maurach, *Das deutsche Strafrecht*, AT, p. 4, *apud* Toledo, Francisco, *op. cit.*, p. 16.

substância que não se pode ter por definida apenas por imaginar que se lhe aclarou o significado quando se diz que é um bem jurídico qualificado por um “interesse vital”. Afinal o que é interesse vital? Aquele que, uma vez ofendido, afeta as condições de manutenção e desenvolvimento de uma sociedade? Sim, mas quais são estes interesses? Como elegê-los, sabendo que toda escolha, sendo obviamente seletiva, implica renúncia, rejeição a um sem número de interesses afastados? Não há boa vontade que torne possível uma identificação positiva, com a necessária isonomia, de um elenco exaustivo de tais interesses. Não há solução no limitado campo do Direito, e nem pode haver, para um problema de natureza complexa que envolve as dimensões jurídica, sociológica e política, todas instabilizadas pelo eixo valorativo intrinsecamente comum. Logo forçoso é admitir: não há resposta científica para a definição de quais os interesses que devem receber a proteção mais grave do sistema de penas, não há como se definir o que é um bem jurídico-penal a partir de uma substância comum identificadora.

De tudo exposto, resulta incontroverso que o ponto de partida para a construção da dogmática jurídico-penal é a concordância social quanto à eleição e existência de um razoável rol de bens qualificados com o atributo de bem jurídico-penal, merecedores, portanto, de proteção especial por parte do Estado. Ainda que se admita que um elenco assim constituído represente máxima expressão de racionalidade e justiça de um povo civilizado, mediante processos criteriosamente democráticos, não se pode desprezar o grande problema que se segue, qual seja, o da definição da proporcionalidade da justa reprimenda para os possíveis fatos violadores de tais bens. Isto porque a resposta a ser oferecida — do gênero sanção, espécie bem definida: a pena — deve, segundo entendimento contemporâneo, destinar-se aos propósitos de prevenção geral e específica, ressocialização do agente, e, criticada mas nunca afastada, retribuição do mal causado. *Mutatis mutandi*, novamente se questiona: qual o critério científico para a fixação de limites mínimos e máximos de uma pena, suficientes a prevenir novos eventos assemelhados e aptos a ensinar a proporcional retribuição do mal com outro mal? Onde se encontra a racionalidade científica na fixação de um *quantum debeatur* traduzido em pena, para condutas tão díspares quanto homicídio, atentado violento ao pudor e tráfico de entorpecentes?⁽²⁷⁾ A pena parece traduzir-se em elemento de fungibilização do resultado jurídico de condutas infungíveis, com a devida vênia pelo uso impróprio da expressão. Em especial, a pena privativa de liberdade, como resposta estatal, é um verdadeiro redutor comum de todas as condutas onde se lhe aplicam. É moeda única, variável apenas em quantidade. Ora, há quem o diga, é precisamente na variação desta onde reside a proporcionalidade. Mas, se não é possível precisar com cientificidade a

(27) Sem dúvida, o Código Penal Brasileiro não pode servir de paradigma de racionalidade quando comina, por exemplo, pena de 1 a 6 meses de detenção e multa para o crime de esbulho possessório, e pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, para o furto. O que pode ser tido como proporcional na cominação de 2 a 8 anos de reclusão para a falsificação de bilhete de passagem — art. 293, VI — e de 1 a 6 meses de detenção ou multa, para a emissão de título ao portador sem permissão legal (art. 292)?

quantidade adequada de pena como resposta a uma dada conduta delituosa, resulta que toda variação daí decorrente nada mais expressará senão a flutuação de um valor de repulsa social, sobre a mesma base deste mesmo ente metafísico — a expressão quantificada de repulsa social — conforme escolha realizada pelas forças de dominação da sociedade.

E aqui, impõe-se reconhecer o impasse: se não há solução precisa para a definição de quais os interesses que devem receber a proteção mais grave do sistema de penas, se não há como se definir o que é um bem jurídico-penal a partir de uma substância comum identificadora, também não há como se pretender imaculado o dogma da justa composição, através da pena, da antinomia crime-castigo.

Justo concluir que a aplicação do princípio da insignificância longe está de se constituir em perigo único para a manutenção íntegra do sistema. Ao contrário, há que se considerá-lo como necessária válvula de escape para as reconhecidas imperfeições. Valendo-se do seu concurso, o órgão julgador confere ultra-estabilidade à operação lógica da dogmática jurídico-penal, pela exclusão de tipicidade de fatos que, irrefletidamente considerados como crime, exporiam o absurdo do apego fanático à dogmática⁽²⁸⁾. E, não há como negar, somente a recorrência aos recursos de integração do sistema, seja pelo adequado uso técnico da hermenêutica jurídica, pela justa aplicação dos princípios imanentes aos diversos ramos do Direito, pelo destemor em compreender a atividade criadora de todos quantos operam este mesmo sistema, somente assim, será possível conferir qualidade à sobrevida necessária para a presente dogmática.

Capítulo II — Algumas hipóteses de ampliação do uso do princípio da insignificância

Os dois fatos a seguir transcritos são suficientemente reveladores do ridículo a que se pode chegar, quando se sucumbe à cega subserviência à presente dogmática, sacralizada e cultuada por adoradores fiéis:

“Notícia vinda de Minas Gerais e amplamente divulgada na mídia (inclusive no Programa Fantástico de 11 de julho de 1999) dá conta de que quatro mineiros foram denunciados pela Promotora de Justiça M.⁽²⁹⁾ pelo roubo de quatro minhocas.

O que deixa perplexa qualquer pessoa de bom senso, até aquelas não ligadas à operação do Direito, é o ato que gerou o processo judicial. Os quatro cidadãos roubaram as minhocas da Fazenda Santa Luzia do Quilombo, de propriedade de Fausto Campolina Teixeira, em Paraopeba, Minas Gerais.”

(28) Alguns exemplos práticos — como o caso do “furto de minhocas”, exposto no Capítulo III — chegam a levar ao ridículo toda a atividade persecutória do Estado.

(29) Por desnecessário, suprimiu-se o nome da Promotora, citado no artigo.

“O Superior Tribunal de Justiça, julgando em 1º de julho último o conflito de competência que lá chegou em 20 de agosto de 1997, acolheu entendimento do relator, Ministro Fernando Gonçalves, entendendo que ‘apanhar quatro minhocas não tem relevância jurídica. No caso incide o princípio da insignificância, porque a conduta dos acusados não tem poder lesivo suficiente para atingir o bem tutelado pela Lei n. 5.197/67, que trata sobre crimes contra a fauna. A pena porventura aplicada seria mais gravosa do que o dano provocado pelo ato delituoso’. No meio da minhocultura, a notícia pode ser lamentada. No entanto, os operadores do Direito agradecem. Ao menos, temos agora mais um personagem na história do Direito: a minhoca!”

Gonzaga Adolfo, advogado e professor da Unisinos e da Ulbra, Rio Grande do Sul, *Revista Consultor Jurídico*, 15 de julho de 1999.

“Galinhas X Minhocas

*Breno Green Koff**)

Os quatro mineiros acusados e presos pelo furto qualificado de 04 minhocas, até que tiveram sorte pois foram absolvidos pela alta Jurisdição do Soberano Poder Judiciário, depois de 04 anos.

Permitimo-nos, com a devida licença do digno Professor Gonzaga Adolfo (artigo publicado nesta mesma revista virtual — edição passada), incluir outros locais, personagens e exóticas decisões na História do Direito.

Existe um lugarejo, pacato e sonolento, mas aprazível, na Região Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul, com o nome de Barão. No interior de Barão (jurisdicionado pela pequena Comarca de Carlos Barbosa), há um local de difícil acesso, cujo nome é por si sumamente esclarecedor, ‘*Linha Cafundó de Judas*’.

Lá, em Cafundó (hoje habitam 04 famílias, mas chegou a ter 25), morava, em um casebre, o campesino de nome *Rambo* (não se confunda com o personagem de Silvester Stallone, nas séries *Rambo I, II, et alii*). O nosso Rambo tupiniquim (João José Rambo) foi acusado pelo único viziinho, de ter praticado furto (qualificado), de *cinco galinhas* caipiras.

A prova existente no iter processual residia, unicamente, na palavra da vítima, eis ter ela reconhecido as que dissera ser suas “penas”, pela “cor das penas” (faltou reconhecer pelos monossílabos das *avis raras*). No auto de avaliação indireta (não houve corpo de delito), elas foram avaliadas em R\$ 38,00, pois *três* eram *gordas* e *duas magras*.

(*) *Breno Green Koff* é professor licenciado da Universidade de Caxias do Sul.

Pois bem: o pobre Rambo, em sua autodefesa, juntamente com a companhia deste, Ercília, negaram a autoria com muita veemência, tanto na fase policial como na judicial. Após a oitiva da vítima — creiam os que tiveram paciência de continuar lendo — foi ordenada a *Prisão Preventiva de Rambo*, “por sua clevada periculosidade” (*Valha-nos Deus!*), decretada pelo então Togado, que respondia pela Comarca. Mais: o Advogado contratado por Rambo, inesperadamente e de forma pessoal, reconheceu a culpa de seu cliente, contrariando a defesa pessoal. Por tão insólita e inexplicável atitude do Advogado constituído, foi outro defensor nomeado para a reapresentação das razões finais, clamando pela nulidade, negativa de autoria, delito de bagatela e absoluta falta de provas, etc.

E, logo depois, seguiu-se a ‘sentença’ do censor, que, por incrível, *condenou Rambo*, pelo furto de 5 (cinco) galinhas, a uma pena de *dois anos e três meses de reclusão, em regime fechado e sem o direito de recorrer em liberdade*, retornando, o pobre injustiçado, ao Presídio, no regime fechado.

Após esgotados dois *habeas corpus*, a apelação foi julgada e *Rambo* absolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado, depois de ficar, nesse interstício de tempo, mais *oito* meses preso, além de três meses da preventiva, num total de 11 meses (o filho de Rambo morreu nesse período). Em contrapartida, o sentenciador foi promovido por merecimento e logo depois jubilado.

Indizível a revolta de todos os segmentos da população pelos fatos, merecedor de um pronunciamento na Câmara Federal, do deputado Paulo Paim, aventando que, ainda, a cadeia é para os pobres, pretos, prostitutas e ladrão de galinhas (Rambo não é). Poder-se-ia acrescentar, agora: ladrão de minhocas.

No mais, enquanto o “Rambo Americano”, na ficção, vencia sozinho a Guerra do Vietnã, o nosso brasileiro, mofava na cadeia, padecendo uma inefável injustiça.”

Revista Consultor Jurídico, 21 de julho de 1999.

Estes dois recentes exemplos longe estão de limitar o grande elenco de fatos dessa natureza, que continuamente estão a enriquecer o folclore jurídico brasileiro. O lado cômico cede ao trágico quando se considera os enormes dispêndio — consistente em movimentar todo o aparato da persecução penal até o nível do Superior Tribunal de Justiça — e desgaste da imagem da Justiça perante a opinião pública, além do injusto constrangimento, dilatado no tempo, ao agente de um fato atípico por efetiva inexistência de lesividade material suficiente a toda a pantomima que se lhe segue.

Em sentido contrário, contudo, cabe considerar que já são muitos os casos práticos de utilização desassombrada do princípio. A regra, todavia, é a da não-aplicação do princípio para além dos limites do pequeno prejuízo econômico. Como até aqui foram expostos argumentos suficientes para justificar a reflexão a respeito da ampliação do âmbito de aplicação do princípio da insignificância, faz-se, a seguir, breve enunciado de algumas poucas hipóteses, dentre inúmeras possíveis, todas favoravelmente suscetíveis à recepção da exclusão da tipicidade.

Em primeiro, a ofensa de menor monta nos crimes contra a honra, o chiste, a ofensa tão leviana quanto fugaz, o xingamento impensado, o exagero verbal do estulto. Não raro, pequenas escaramuças resultam em queixa submetida ao Judiciário, clamando por solene pronunciamento judicial sobre o que mais se assemelha ao que se chama de “briga de comadres”, um “bate-boca” mais acalorado. É, verdadeiramente, constrangedor assistir a um magistrado dizer o Direito em casos dessa espécie. Reconhecendo o magistrado que o fato não tem a gravidade suficiente para servir-se da figura típica, deve rejeitá-lo.

Em segunda exemplificação, o pequeno tráfico de entorpecente, caracteriza-se pela única entrega praticada pelo dependente químico a outro dependente químico, de quantidade apenas suficiente ao consumo deste último. Ambos, vítimas do grande traficante, aquele que não consome: organiza e comanda a vasta rede sob seu controle. Por óbvio, inimaginável supor um adequado enquadramento de um fato assim concebido em um dispositivo da Lei 8.072/90. As conhecidas imperfeições técnicas do referido diploma parecem não sensibilizar um bom número de promotores e juizes que preferem interpretar a Constituição Federal à luz daquela lei, a enfrentar o dilema de descumprir o direito ali positivado.

Também o falso testemunho benevolente, aquele que é prestado sem que se receba em troca qualquer recompensa, para beneficiar o réu, que o próprio autor do falso julga merecedor de absolvição.

Em tom mais dramático, a situação do rapaz apaixonado que, próximo ao ponto final do ônibus em que viajava, atira-se sobre a exuberante passageira ao seu lado, e com beijos sôfregos e carícias desesperadas demonstra, subitamente, a sua paixão desenfreada por aquela que já de muito tempo o seduzia — não se sabe se intencionalmente — com breves olhares e sorrisos. Surpreendido, em flagrante, por policial militar, veio a ser denunciado por atentado violento ao pudor, e condenado à pena mínima em virtude de lhes serem reconhecidamente favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, à mingua de qualquer causa majorante. Este réu primário e de bons antecedentes, trabalhador e arrimo de família, foi recolhido a uma penitenciária de segurança máxima para cumprir os 6 anos de reclusão aplicados por zeloso órgão julgador, cercado de companheiros de cárcere de larga experiência no crime.

Ainda mais um registro, desta feita o de uma senhora detida por contrabando ao retornar de viagem ao exterior, em cujo poder foi encontrado uma caixa de cartuchos para espingarda, calibre 20, com cerca de 25 unidades, avaliada em dez

reais, para presentear o seu irmão, morador de uma fazenda em lugar inóspito na Amazônia e possuidor de uma espingarda de caça, destas que quase ninguém sabe constar do elenco de armas de uso proibido, e que são vendidas livremente em zonas de fronteira, até expostas em vitrines das lojas especializadas. A Quarta Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, rejeitou a aplicação do princípio da insignificância sob o argumento de que o que ali se repudiava não era o descaminho, ou a finalidade comercial da mercadoria, caso em que seria possível argumentar com base no pequeno valor. Diz o prudente voto vogal: "Aí o bem jurídico tutelado é outro. No caso, não é só o problema do recolhimento do imposto; é que a internação dessa mercadoria é realmente proibida no país, por se tratar de mercadoria ou de bem cuja importação seria privativa das Forças Armadas". Polícia Federal, Ministério Público, Juiz e Tribunal, todos concordes e operantes para, ao final, resultar em coerção — suspensão condicional de processo é medida restritiva — a uma ré primária, pacata cidadã, sem qualquer nódoa em sua vida pregressa, por ter trazido 25 cartuchos para uma espingarda de caça, de uso mais que comum em todas as fazendas, conforme repetidamente alegado em sua defesa. Este acórdão encontra-se reproduzido no Anexo, às fls. 53, seguido do comentário publicado na resenha informativa do próprio TRF da 1ª Região.

Para todos os casos supracitados a finalidade da pena restou inócua. Sob o argumento da prevenção especial não há como justificar, sobretudo quando se está a falar de agente ocasional, episódico, aquele que tudo faz presumir ser o crime um fato isolado e anômico em sua vida, e que já se viu suficientemente atemorizado pela ameaça da ação penal. Se avaliados do ponto de vista da prevenção geral, tais fatos mais que revoltam que exemplificam. Por demais óbvio, tais penas não se destinam a ressocializar o réu, desnecessitado de tanto. E o pior, nem como mera retribuição se justificam tais penas, pela nítida desproporção entre o *quantum* abstratamente cominado para fatos mais graves e o efetivamente devido pela insignificância do fato.

Capítulo III — Breves considerações a respeito de possíveis técnicas de aplicação ampliada do princípio da insignificância com vistas à preservação da segurança jurídica

Um dos mais respeitáveis argumentos críticos ao princípio da insignificância ressalta o caráter incentivador da escalada delitiva decorrente do seu uso. Segundo este raciocínio, a exclusão da tipicidade de uma conduta correspondente a uma descrição típica, onde as evidências denunciam a presença do dolo necessário à caracterização, é operação que estimula novos atos delituosos pela impunidade obtida. Ademais, ao agente assim beneficiado seria possível escarnecer da sua própria vítima, que restaria, destarte, novamente agredida, agora moralmente, pela não-confirmação da reprimenda estatal esperada.

Como se vê, não são preocupações desprezíveis. Decerto o pronunciamento judicial não se volta para o réu como seu único foco. É manifestação solene do Estado-Juiz que, diretamente dirigida às partes, ecoa em toda a sociedade, repercu-

te na consciência social, revela uma distinta nota de qualidade da Justiça, abstratamente considerada, embora feita para um caso concreto. Logo, incabível descursar-se desta instância política de que se reveste a função judicante. Parecendo pairar em um mundo kelseniano de pura lógica jurídica, onde uma verdade técnica — que se pretende possível de ser alcançada — substitui a verdade do mundo, ainda existem juízes a julgar com olímpica postura, acreditando, sinceramente, terem realizado a Justiça. Neste elenco é possível encontrar desde o mais conservador-causalista ao mais liberal-finalista dos juizes criminais. Em lado oposto, a adesão ao mais moderno discurso legitimador do Direito Penal da Culpabilidade, a adoção das emergentes teses filiadas ao garantismo penal, a sincera filiação à mais humanista versão do Direito Penal democrático, nada elude a necessidade de considerar o problema supra colocado, e que aqui merece repetição enfática: a decisão judicial não tem o réu com único foco, embora neste se concentre a maior relevância do bem jurídico em disputa. Óbvio que a cada um de acordo com a sua culpabilidade. Indiscutível que a culpabilidade a ser aferida é a do réu pelo seu fato, ou melhor, a que se pode extrair daquele fato específico, praticado por aquele réu em sua única e irrepetível circunstância, quer do ponto de vista fático, quer subjetivamente considerado. Mas, imprescindível ponderar a sempre presente gravidade de cada sentença⁽³⁰⁾ para além do viés único que parece, aos mais apressados, concentrar o “discurso sobre os direitos do réu”. Portanto, imprescindível conciliar a necessária exclusão da tipicidade dos fatos penalmente insignificantes com a preservação de uma prática desestimuladora à escalada delitiva. Conciliação que, já se sabe, sempre poderá resultar em alguma imperfeição para um destes pólos. Ante a constatação de impossibilidade do perfeito, que seja melhor o possível, em cuja direção algumas técnicas podem ser esboçadas.

E é sob esta preocupação que aqui se passa a expender algumas breves reflexões — quem sabe *de lege ferenda* — acerca de manejos do sistema em busca da conciliação pretendida. A combinação do uso ampliado do princípio da insignificância com a admoestação do réu e com a desclassificação para delito subsidiário representam idéias neste sentido. A Lei 9.714/98 trazia em seu bojo artigo que veio a ser vetado pelo Presidente da República, dispondo sobre a advertência verbal ao condenado à pena privativa de liberdade inferior a 6 (seis) meses. É de se observar que o veto veio em decorrência de um temor de desagrado à opinião pública, continuamente açulada pela imprensa alarmista. Contudo, perdeu-se boa oportunidade de experimentação de um instrumento com reais possibilidades de intimidação para os casos recomendáveis, e que seria objeto de aplicação segundo adequados critérios subjetivos e objetivos. Para um réu primário, e de verdadeiros bons antecedentes, a constrição imposta por um indiciamento em inquérito policial já representa atemorização considerável. Frente ao Estado perseguidor o agente do fato insignificante poderá se encontrar diante das seguintes situações⁽³¹⁾:

(30) E, sob este aspecto, parece mais responsável a doutrina do *stare decisis*, com seu imanente alargamento da criação do direito pelo juiz, e onde o peso específico de cada decisão projeta-se com muito mais densidade no direito futuro.

(31) Rol não exaustivo, meramente exemplificativo, de algumas possibilidades de inovação no tratamento dos fatos insignificantes.

1. Antes mesmo de o fato ser encaminhado ao delegado, o agente de polícia, ou o escrivão, já dissuade o acusador, repele o delator, desqualifica a *notitia criminis* recebida, por considerá-la irrelevante. Na prática cotidiana da atividade policial é comum este procedimento, sobretudo nas ofensas menores decorrentes de alterações, nas lesões corporais que nada mais causam senão um eritema, nos conflitos de vizinhança, e em muitas outras situações assemelhadas, de regra conciliadas segundo o bom ânimo do representante da autoridade. Não raro ali mesmo o ofensor é repreendido e admoestado quanto às possíveis consequências do agravamento do seu fato. E, o mais importante, na maioria dos casos a advertência funciona, a repreensão contém a exaltação de ânimos, o desagrado com a composição, muitas vezes forçada pela “autoridade”, não vai além de alguns resmungos, logo sossegados. Um belo exemplo destas anônimas composições, levadas a efeito por humildes serventuários, é o da agente de polícia que durante o seu plantão, ausente o delegado, recebeu nervosa senhora a trazer “queixa” quanto ao assédio de um velho senhor, seu vizinho, à sua filha adolescente. Depois de conversar com aquela senhora, inteirando-se dos fatos, fez conduzir à delegacia o importuno. Ali dirigiu-se a ele da seguinte forma: “O senhor, um pai de família respeitável, não tem vergonha de ficar por aí tentando agarrar meninas que poderiam ser suas netas? O senhor não sabe que isto é crime? Pois é atentado violento ao pudor. Já pensou se a sua família soubesse do ocorrido. E se a sua vizinha quisesse levar o caso adiante, o senhor sabe que poderia ser preso por 6 anos? Olhe bem, senhor F., desta vez eu não vou tratar do assunto nem com a sua família. Dê graças a Deus por sua vizinha não querer escândalo. Mas, aí do senhor se isto voltar a acontecer. Já mando lhe buscar algemado. E, tem mais: eu vou procurar saber se o senhor não anda por aí fazendo a mesma coisa com outras meninas, ouviu bem? Agora, tome esta folha em branco e escreva. Eu, F. de tal, me comprometo a não mais me comportar de modo a Assine. Vou ficar com este papel aqui. Agora pode ir para casa, e tome juízo, ouviu?” Como resultado desta singela intervenção, a “queixosa” voltou para casa muito agradecida, o importunador envergonhado, após chorar copiosamente, foi-se apavorado jurando nunca mais repetir a conduta. E a paz social jazeu restabelecida.

Esta espécie de admonitória extrajudicial é responsável por um incontável número de composições de litígios que, se levados à *persecutio criminis*, estariam atulhando ainda mais os já sobrecarregados aparelhos de Estado responsáveis. Inúmeros fatos que seriam capazes de provocar acirradas polêmicas nos tribunais, acerca do cabimento do princípio da insignificância, morrem no seu mais comum nascedouro — na delegacia de polícia — sem que deles tomem conhecimento o Ministério Público e o Judiciário.

Interessante notar que para essa mais que repetida iniciativa dos serventuários da polícia não são ouvidas críticas. Até porque a distância entre a delegacia de polícia, o Ministério Público e o Judiciário é muito maior do que se imagina. E a vida não se confina aos autos dos processos.

Embora se possa apontar, em uma tal prática, um empirismo acientífico — vez que conduzida ao sabor dos humores da autoridade de plantão, nem sempre aplicada com coerência, algumas vezes exorbitante, subtraindo do Judiciário a apreensão de fato merecedor de sua competência — e ainda que outros defeitos lhe possam ser atribuídos, inegável tratar-se de instrumento de enorme eficácia para a composição de litígios. É a aplicação extrajudicial do princípio da insignificância. Deste fenômeno a ordem jurídica constituída pode extrair especial proveito, qual seja o de instituir instância formal de controle, mediante o registro de cada fato assim tratado, em livro para tal fim destinado. Deste modo, ao *dominus liti* será possível acompanhar o cotidiano das atividades policiais, capacitando-se a eventuais intervenções, quando necessárias. As corregedorias, os serviços de estatística e as atividades de prevenção criminológica também auferirão significantes benefícios desses registros.

2. O fato provocou a instauração de um inquérito policial. Apurados os fatos, o Delegado de Polícia, em seu relatório, procede à narrativa conducente ao entendimento relativo à insignificância do evento, na conformidade do § 1º do art. 10 do Código de Processo Penal. Ao juiz que assim reconhecesse poderia ser facultado o arquivamento sumário, *ex officio*, informando o Ministério Público, abrindo-se-lhe a possibilidade de recurso. Conquanto isto signifique exceção ao princípio da inércia da jurisdição — *nemo iudex sine actore* ou *ne procedat iudex ex officio* — já que o inquérito policial é mera peça informativa de caráter administrativo e não houve provocação de parte, há que se reconhecer que a prática cotidiana, conforme já exposto acima, apresenta omissões muito mais graves. Esta concessão, típica função judicial nos países que adotam o Juizado de Instrução, de resto, não excluirá do Ministério Público a possibilidade de intervenção para o exercício de sua missão constitucional. A inovação poderia ter abrigo topográfico, como ressalva, em parágrafo acrescentado ao artigo 40 do estatuto processual penal.

Demais, considerando ter sido instaurado o inquérito, do Promotor de Justiça espera-se ação incisiva no requerimento pró-arquivamento quando se reconheça a apuração de fato insignificante. Do Procurador-Geral espera-se que aja em conformidade com o artigo 28 do CPP, para as hipóteses de resistência oferecida pelo órgão julgador.

3. O fato foi alvo de oferecimento de denúncia ou queixa. Inocorrido o arquivamento do inquérito policial, o pronunciamento judicial de rejeição da denúncia ou queixa, com fulcro na insuficiente lesividade ao bem jurídico tutelado, poderia estar positivado em mais um inciso acrescentado ao artigo 43 do CPP. Na ausência do dispositivo sugerido, deve o juiz acolher o pedido de trancamento da ação penal, sempre que demonstrada a presença da insignificância.

4. Diante da hipótese de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, o instituto representa medida coerciva de liberdade, logo não deve obstar a concessão de *habeas corpus* pelos tribunais, sob pena de infringência ao princípio da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Fe-

deral. O direito de não se ver processado regula-se por critérios objetivos e subjetivos previstos nos artigos 89 e 77 da referida lei, condições que não incluem qualquer requisição objetiva que impeça tal entendimento. É certo que a suspensão é condicional, mas as condições são aquelas contidas nos dispositivos citados. Uma vez satisfeitas, exsurge o direito do réu em ver suspenso o processo contra si. Todavia este direito não faz desaparecer o seu direito maior, de ver extinto o indevido processo, livrando-se das medidas constringentes que lhe foram aplicadas.

Outras soluções operacionais podem ser sugeridas. Por exemplo, é possível combinar o uso ampliado do princípio da insignificância com a admoestação do réu, e outras formas de reforço preventivo, e.g. a manutenção de registro judicial do fato para fins de caracterização de reincidência específica em fatos da mesma natureza, casos em que prejudicada estaria a repetição da excludente. Também a utilização do princípio da insignificância para fins de desclassificação do delito formalmente configurado para infração subsidiária, pela aplicação da regra solucionadora de conflito aparente de normas.

Constituem, as hipóteses acima representadas, expressão ínfima das muitas possibilidades de aplicação do princípio da insignificância, que a superior inteligência e prática dos operadores do Direito estão a permitir⁽³²⁾.

Conclusão

“Insignificância” é medida de valor. Juízo valorativo de um fato que se pretende excluir da órbita da tipicidade. Por óbvio, se um tal juízo pudesse ser exercido sem prejuízo para a segurança jurídica decerto a sua aplicação por membros do Ministério Público e órgãos judicantes, não suscitando os temores que costuma provocar, seria rotineira.

(32) O simples descortínio de umas tais idéias incentiva ousar uma outra reflexão: acerca da inclusão de um dispositivo na Parte Geral do Código Penal Brasileiro que venha a contemplar algumas causas legais de exclusão de tipicidade, para além das já previstas, a exemplo do que representa o art. 23 do referido estatuto, este relativo à exclusão da ilicitude. Topograficamente, a reestruturação ampliada do artigo 17 permitiria a inclusão de outras hipóteses de atipicidade, para as quais o CPB não oferece tratamento. Assim, o “crime impossível” apareceria como um dos incisos daquele dispositivo, ao lado do “crime insignificante” — ou qualquer outro *nomen iuris* apropriado — e de outras explicitações de hipóteses de atipicidade. O princípio da adequação social, do Roxin, ali também poderia encontrar guarida, positivando-se assim o entendimento de que não se trata de hipótese de exercício regular de direito, e sim, de causa de exclusão de tipicidade, pois não pode ser típica uma ação que jamais seria eleita para compor o rol das normas incriminadoras. Se uma conduta socialmente adequada pudesse ser caracterizada como típica — como nas hipóteses de intervenção cirúrgica, violência desportiva etc. — a cada um desses eventos a autoridade policial deveria instaurar um inquérito, pois, conforme leciona Fernando da Costa Tourinho Filho — *in Processo Penal*, Ed. Saraiva, 21ª ed., São Paulo, 1999 — “não cabe à autoridade policial dizer, por exemplo, que o indiciado não se houve em legítima defesa, estado de necessidade, que não se houve com culpa etc. Não pode, enfim, a autoridade policial apreciar os autos do inquérito policial e sobre ele emitir um juízo de valor”. Com mais razão, não poderia a autoridade policial dispor da conveniência e oportunidade de instaurar um inquérito policial se face a um fato típico de lesividade material substancial.

Fato é, todavia, que o princípio da insignificância é instituto jurídico de uso muito mais intensivo do que se imagina. É ocorrência comum, do cotidiano de todas as delegacias, fora de qualquer controle judicial. Sem dúvida, um sério perigo para a ordem jurídica constituída. Igualmente sem dúvida, um grande benefício para a ordem jurídica constituída. Não fora este fenômeno que constitui, junto com o instituto da prescrição, as duas mais importantes válvulas de escape do sistema penal vigente, o colapso já teria ocorrido.

É de se notar que também a prescrição é fenômeno que se concretiza fora do controle judicial, restando ao Judiciário tão-somente reconhecer cada fato prescricional e atribuir-lhe as conseqüências jurídicas. O cumprimento das centenas de milhares de mandados de prisão já expedidos no Brasil é tarefa hoje controlada apenas pelos órgãos de vigilância e captura. Estes, com minguados recursos, são incapazes de cumprir, em estimativa bastante conservadora, sequer vinte por cento dos mandados. Em 1997 o Distrito Federal já acumulava oito mil mandados não cumpridos. Depuradas as repetições, dado que não existia qualquer sistema de controle que precisasse a quantificação das duplicidades, estimava-se um número jamais inferior a três mil e quinhentos. Para cumprir a sua missão a Delegacia de Vigilância e Capturas contava com um veículo e dois policiais.

Sem qualquer prioridade ou controle estabelecidos pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, o delegado responsável estava investido de amplos poderes para decidir quem seria preso e quem não seria preso. Incapaz de cumprir mais do que uma fração de um quinto das capturas devidas, estava justificado para realizar as que fossem mais fáceis, as decorrentes de casos mais rumorosos, ou, se prevaricador fosse, a que bem lhe aprouvesse. Poderia agir como o "Senhor das Penas", levando à extinção da punibilidade as que lhe interessassem.

Surpreendente é o contraste que se estabelece entre as seguintes situações: de um lado, uma turma de egrégio Tribunal solenemente reunida para apreciar recurso da acusação em crime de abatimento de um tatu-galinha⁽³³⁾; de outro lado, homicidas, estupradores, traficantes, condenados com trânsito em julgado, impunes e à solta, afrontando a sociedade, esta dependente da boa vontade dos órgãos de captura e da irresponsabilidade política dos altos gestores da Administração Pública. Prestação jurisdicional para quê?

(33)

RcCr 96.01.28684-5/MG; Recurso Criminal	
Relator	Juiz Mário César Ribeiro (129) — Órgão Julgador — Quarta Turma
Publicação	DJ, 14/05/1999, p. 260
Ementa	PENAL. Ação Penal. Crime contra a fauna. Abatimento de um tatu-galinha. 1 — A intervenção punitiva do Estado só se justifica quando está em causa um bem ou um valor social importante. As lesões a bens jurídicos só podem ser submetidas à pena, quando isso seja indispensável para ordenada vida em comum (Heleno Cláudio Fragoso). 2 — Recurso criminal improvido.

A lucidez da ementa supra não afasta o enorme constrangimento a que foi submetida aquela douta Corte, congestionada por causas de relevante interesse para a Nação, tendo que apreciar fato que mais se presta a conspurcar a sagrada missão do Poder Judiciário, pelo desperdício injustificável de tempo, dinheiro e inteligência.

A hipertrofia do Direito Penal, visão profética de Von Liszt e Frank, já se confirmou. Contra este cenário de desinteligências é que aqui se empreendeu, com as limitações técnicas e teóricas do autor, mais um esforço no sentido da ampliação do âmbito de aplicação do princípio da insignificância.

Bibliografia

1. ACKEL FILHO, Diomar. "O Princípio da Insignificância no Direito Penal". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, abr-jun/1988.
2. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.
3. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Ed. Hemus, São Paulo.
4. D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A Privatização dos Presídios*. Anais do 1º Encontro Nacional da Execução Penal. AMAGIS/DF, Brasília — DF, 1998.
5. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 7ª edição.
6. GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição.
7. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da Lei 9.099/95 — Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo, Ed. RT, 1997.
8. SICHES, Luis Recaséns. *Experiência Jurídica y Naturaleza de la Cosa Razonable*. Dianóia, México, 1971.
9. SOBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*. Thex Editora, Rio de Janeiro, 1995.
10. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. Editora Saraiva, 5ª edição, São Paulo, 1994.
11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Editora Saraiva, 21ª edição, São Paulo, 1999.